

LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA Y LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LA ACTIVIDAD BANCARIA



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

MÁSTER EN BANCA Y FINANZAS

Autora: TANIA GARCÍA RELLÁN 47382353-F

Tutor: RAFAEL GARCÍA PÉREZ Año: 2011

ÍNDICE

Resumen

Publicidad engañosa y cláusulas abusivas en la actividad bancaria

1. Introducción

2. Legislación General

2.1 Ley de Competencia Desleal (Ley 3/1991, de 10 de enero)

2.1.1 Ámbito de aplicación

2.1.2 Comportamiento desleal

2.1.3 Prácticas engañosas por acción

2.1.3.1 Códigos de conducta

2.1.4 Prácticas engañosas por omisión

2.1.5 Prácticas comerciales agresivas

2.1.6 Otros actos de competencia desleal

2.1.7 Publicidad engañosa

2.1.8 Sanciones y remedios

2.2 Ley General de Publicidad (Ley 34/1988, de 11 de noviembre)

3. Legislación específica

3.1 Ley sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, Ley 26/1988, de 29 de julio

3.2 Orden EHA/1718/2010 de 11 de junio regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios.

4. Protección al consumidor

5. Estudios realizados

6. Jurisprudencia

7. Contratos de adhesión y condiciones generales de contratación

8. Texto refundido de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios

9. Clasificación de las cláusulas abusivas

10. Contratación bancaria

11. Jurisprudencia

Conclusiones

Bibliografía

Webgrafía

RESUMEN

La actividad comercial se encuentra presente en numerosas prácticas diarias y son evidentes las estrategias para conseguir los objetivos propuestos. En relación a acciones de publicidad engañosa y actos de competencia desleal en general, y en la actividad financiera en particular existe una amplia legislación y son numerosos los organismos encargados de velar por el cumplimiento de la misma.

La Ley de Competencia Desleal (3/1991 de 10 de enero) y de la Ley General de Publicidad (34/1988 de 11 de noviembre) establecen las bases que deben seguir las empresas y particulares en esta materia, y la jurisprudencia existente es utilizada a modo ejemplificativo por los tribunales. La Directiva de prácticas comerciales desleales de las empresas con los consumidores (2005/29/CE de 11 de mayo de 2005) recoge varias sanciones que pueden ser aplicadas.

El objetivo principal de las modificaciones de la legislación existente ha sido proteger a los consumidores y no exclusivamente a los competidores, alterando así el punto principal de la normativa anterior.

Con el tratamiento de las cláusulas abusivas en la contratación se efectúa el acercamiento a las condiciones generales en los contratos de adhesión, los cuales ocasionan numerosos conflictos al consumidor por la aportación de una de las partes exclusivamente.

La actividad bancaria resulta afectada por estas cláusulas y los clientes tienen protección para enfrentarse a la oscuridad de algunas cláusulas y ejercer sus derechos de

reclamación frente a la omisión de información, las cuales son algunas de las cláusulas abusivas más comunes.

La cláusula suelo en los contratos bancarios permite observar la cercanía con la crisis actual y el modo en que afecta dicha cláusula a los consumidores.

LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA

1. INTRODUCCIÓN

La publicidad engañosa se encuentra presente en la actualidad en la actividad comercial y en el ámbito financiero, entre otros. Un acercamiento a este tema requiere de un estudio de la Ley de Competencia Desleal (3/1991 de 10 de enero) y de la Ley General de Publicidad (34/1988 de 11 de noviembre), el cual se lleva a cabo a continuación.

La protección del consumidor se encuentra legislada en un amplio repertorio en el que se brinda al consumidor una activa defensa de sus derechos en relación con el consumo de diferentes productos o servicios; la Ley de Condiciones Generales de Contratación (ley 7/1998, de 13 de abril) incluye las cláusulas abusivas generales mientras que en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (ley 26/1984, de 19 de julio)¹ se regulan las cláusulas abusivas efectuadas con los consumidores.

2. LEGISLACIÓN GENERAL

2.1 Ley de Competencia Desleal

La Ley de Competencia Desleal (ley 3/1991, de 10 de enero) supone la unificación de una regulación que se encontraba dispersa en diversas disciplinas. La ley de marcas y la

¹ La Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (ley 26/1984, de 19 de julio)¹ ha estado vigente hasta el 1 de diciembre de 2007.

ley general de publicidad no ofrecían la posibilidad de regular en sus ámbitos de forma paralela.

La promulgación de esta ley era absolutamente necesaria con la creciente evolución del mercado y de las estrategias comerciales así como la necesidad de crear una concurrencia con el ordenamiento de la entonces Comunidad Económica Europea, con una adaptación a la época añadiendo un ápice de modernidad. Con base en el principio de libertad de competencia¹, la Ley de Competencia Desleal (ley 3/1991, de 10 de enero) pretende establecer las pautas y mecanismos para evitar que dicho principio sea vulnerado y, del mismo modo, encauzar la legislación hacia la protección del consumidor.²

El empresario puede ampliar su círculo de actividad e incentivar la captación de un mayor número de clientes aunque con el resultado de este proceso perjudique la actividad de otro empresario. Lo que se busca con el desarrollo de esta ley es que la actividad competitiva se lleve a cabo de un modo correcto en el mercado.

La regulación de la competencia desleal en un primer momento estaba orientada a la protección del empresario frente a las actividades de sus competidores (artículo 10 bis y ter del Convenio de la Unión de París de 1883), basándose en una cláusula en la que se consideraban actos desleales aquellos que fuesen contrarios a las normas de corrección y buenos usos mercantiles. Dentro de esta calificación se encontraban actos tales como: actos de confusión, actos de denigración, falsas indicaciones de procedencia y falsas denominaciones de origen.

² Constitución Española 1978, art. 38.

Además de ofrecer los mecanismos necesarios para proteger a los empresarios competidores, se vigila con especial cautela cualquier práctica que vulnere el principio de la libertad de competencia o que influya en el mercado. Se protege el interés privado del empresario, el interés colectivo de los consumidores y el interés público del Estado.

2.1.1 Ámbitos de aplicación

Los ámbitos de aplicación de la Ley de Competencia desleal (ley 3/1991, de 10 de enero) están claramente definidos.

El ámbito objetivo hace referencia a que el acto debe ser realizado en el mercado y con fines concurrenciales, es decir, cuando el acto busque promocionar en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero³.

El ámbito subjetivo comprende al empresario o a cualquier otra persona física o jurídica que participe en el mercado, añadiendo que no es necesario que el que realiza el hecho y el que lo recibe sean competidores. A modo de resumen, se hablará de operadores económicos, denominación bajo la que se incluye a la totalidad de personas que participan en el mercado con posibilidad de actuar en el mismo; no solo se refiere al sujeto que realice una actividad comercial sino a aquella persona que realice una actividad profesional, tales como médicos, economistas, entre otros.

³ Ley de Competencia Desleal de 1991, (ley 3/1991, de 10 de enero), art. 2.

2.1.2 Comportamiento desleal

Se reputa como desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe, centrándose en el principio general de la buena fe interpretado como la adecuación a los principios que rigen el ordenamiento económico. Se entienden como tal, cuando el empresario no realice prácticas entendidas como honestas en el mercado que perjudiquen a otros empresarios o que distorsionen el comportamiento del consumidor medio, el cual es entendido como una persona atenta, razonablemente informada y perspicaz.

2.1.3 Prácticas engañosas por acción

Se hace referencia a las prácticas comerciales engañosas clasificándolas en dos grupos: prácticas comerciales engañosas por acción y prácticas comerciales engañosas por omisión.⁴

Las primeras no solo incluyen actos en los que se induce a error sobre puntos destacables para la toma de decisiones de mercado sino también algunos supuestos de confusión; a su vez se forma un subgrupo en el que se define a las prácticas comerciales engañosas en sentido estricto como la difusión de información falsa y que pueda inducir a error al consumidor en relación a su comportamiento en el mercado. La información falsa tendrá transcendencia cuando se refiera a aspectos relevantes del producto en el estudio de la publicidad engañosa, los cuales son recogidos en un catálogo en los que se destacan las características principales de los bienes y servicios, precio, naturaleza, característica y derechos del anunciante. Estos puntos son ampliados incluyendo a

⁴ Ley de Competencia Desleal (ley 3/1991, de 10 de enero), art. 6 y 7.

mayores el alcance de los compromisos del anunciante, la sustitución o reparación, los derechos del consumidor y los puntos relacionado con la adhesión de las empresas a códigos de conducto siendo esta afirmación falsa. En relación con el consumidor se considera información falsa cuando induce al sujeto a tomar una decisión que de otro modo no hubiera tomado.

Otro de los subgrupos dentro de las prácticas engañosas por acción son las prácticas engañosas por inducción a confusión entre las operaciones comerciales, que pueden ser engañosas por crear confusión. Al tratar este subgrupo es necesario hacer referencia a la publicidad mediante la cual el receptor tiene dificultades para distinguir la naturaleza del empresario o del producto, por la similitud con el de otros empresario en sus signos o símbolos.

2.1.3.1 Códigos de conducta

Se considera desleal la manifestación de la adhesión a un código de conducta en los que se haya asumido la obligación de respetarlos y no se haya expuesto el objetivo de esta adhesión a este⁵. Además, también se incluye en este grupo la negación al sometimiento a la resolución de disputas que se prevean en estos sistemas y al cumplimiento de las decisiones que tomen los organismos encargados de este procedimiento. La Ley de Competencia Desleal (ley 3/1991, de 10 de enero) hace un tratamiento sobre los códigos de conducta, consistiendo estos en un conjunto de normas que especifican y establecen

⁵ MASSAGUER J., *El nuevo derecho contra la competencia desleal. Directiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales desleales*, Madrid: Thomson-Civitas, p. 151.

las consecuencias de su incumplimiento, pero también los órganos encargados de su elaboración y de su gestión y aplicación y las sanciones que se establecen en el caso de incumplimiento de sus resoluciones. Estos mecanismos poseen absoluta legitimidad en el momento de autorregulación además del tratamiento de la existencia de prácticas comerciales desleales sin excluir los procedimientos administrativos o judiciales que regulan estos actos. La adhesión a un código de conducta implica la obligación del cumplimiento de los compromisos incluidos en el mismo y con este pronunciamiento el consumidor puede creer que el empresario llevará a cabo prácticas comerciales incluidas en el mismo además de que éstas actividades están sometidas a un control y a una posible sanción y que en caso de la existencia de un problema su tratamiento será efectuado con mayor rapidez y facilidad.

2.1.4 Prácticas engañosas por omisión

Las prácticas comerciales engañosas por omisión⁶ tienen lugar cuando se oculta información sustancial al consumidor respecto del bien o servicio que se publicita, o es emitida de un modo que no pueda ser percibida por el consumidor por ser presentada de una forma poco clara o precisa. También se incluye la publicidad encubierta, la cual es difundida a través de un medio de comunicación social que se presenta de una forma tal que los receptores no se percatan de que están recibiendo publicidad sino que creen que se trata de información proporcionada por el medio o de otra naturaleza, como por ejemplo, entretenimiento o formación. Este tipo de publicidad se basa únicamente en la

⁶ LEIÑENA MENDIZÁBAL, E., *Regulación jurídica de la publicidad financiera*. Estudios de consumo, nº80, 2007, pp. 9-28, p.14.

omisión de información sustancial, sin ser necesario que la información pueda inducir a error por hacerse una idea equivocada por la información recibida. Se considera desleal la publicidad de productos o servicios en los que se omita información sustancial sobre ellos, como la naturaleza, características y similares; siendo acto indispensable para la no cualificación como acto de competencia desleal la publicación de información y la puesta a disposición del consumidor por otros medios.⁷

2.1.5 Prácticas comerciales agresivas

Son aquellas que producen una presión en el consumidor, provocando en este un sentimiento incómodo en relación a la percepción de una obligatoriedad hacia la decisión de compra. El acoso, la coacción y la influencia indebida son algunos ejemplos; mediante el acoso el consumidor se siente perseguido para que efectúe la compra, principalmente en situaciones que en las que no se siente preparado para la toma de una decisión con racionalidad, la realización de visitas a domicilio de forma reiterada, el envío de publicidad no deseada, la exhortación a la compra dirigida a menores o hacer creer al consumidor que la compra por su parte depende del sustento del anunciante. La coacción se relaciona con la existencia de una fuerza, sea física o de otro tipo, como es el uso de un lenguaje amenazador o insultante para conseguir la venta o la creación de una sensación de no poder abandonar el establecimiento sin comprar.

⁷ MASSAGUER J., *El nuevo derecho contra la competencia desleal. Directiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales desleales*, Madrid: Thomson-Civitas p. 127.

La influencia indebida es la utilización de una posición de poder en relación con el destinatario de poder en relación con el destinatario de la práctica para ejercer presión, incluso sin usar fuerza física ni amenazar con su uso.⁸

Algunas prácticas comerciales agresivas *per se*⁹ son: la visita a domicilio al consumidor en contra de su voluntad, la creación del sentimiento de no poder abandonar el establecimiento sin comprar, la realización de llamadas telefónicas, la exigencia de documentación impertinente para presentar una reclamación o la no atención a una manifestación por parte del consumidor con relación a una póliza de seguro, el envío de productos no solicitados a domicilio reclamando el pago inmediato o aplazado y similares.¹⁰

2.1.6 Otros actos de competencia desleal

La ley recoge una enumeración de actos considerados como desleales, incluidos en este recital se encuentran los actos contrarios a los intereses de los competidores, los actos contrarios a los intereses de los consumidores y los actos contrarios al mercado.

⁸ Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo en el art. 2.

⁹ Reguladas en la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo en los apartados 24 a 31 del anexo 1º.

¹⁰ MASSAGUER J., *El nuevo derecho contra la competencia desleal. Directiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales desleales*, Madrid: Thomson-Civitas p. 119.

Actos contrarios a los intereses de los competidores

Incluyen los actos de denigración consistentes en la difusión de manifestaciones sobre un competidor, la actividad, el producto, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles con un tercero que fomenten la creación de una idea negativa en el mercado.¹¹ Existe una excepción a este enunciado, puesto que cuando las manifestaciones incluyan ideas verdaderas y exactas podrán ser realizadas siempre que no hagan referencia a la vida privada del empresario ni exploten los sentimientos del consumidor.

Los actos de imitación, según el artículo 11 de la Ley de Competencia Desleal (3/1991 de 10 de enero) todo empresario puede copiar o imitar las iniciativas de sus competidores aunque esta actividad dejará de ser lícita cuando vulneren los derechos de exclusiva otorgados por una Ley, creen riesgo de confusión por parte de los consumidores o impliquen la utilización indebida de la reputación o el esfuerzo ajeno¹².

Se entiende como concurrencia parasitaria¹³ aquellas actividades que copien reiteradamente las acciones realizadas por el competidor e impida que este logre una posición destacada en el mercado.

¹¹ <http://www.derechoycambiosocial.com/revista002/competencia.htm>. *Análisis sucinto sobre la competencia desleal y los actos que la conforman*. Christian Fernando Tantaleán Odar.

¹² DOMÍNGUEZ PÉREZ E., *Competencia Desleal a través de actos de imitación sistemática*, Cizur Menor: Aranzadi 2003, p. 56.

¹³ MENÉNDEZ A. *Lecciones de derecho mercantil*, Madrid: Thomson- Civitas 2010, p. 321.

La divulgación de secretos empresariales¹⁴ es calificada como actos de violación de información privada. La utilización de informaciones confidenciales, o la violación de la fidelidad a la empresa por parte de un trabajador son actos incluidos en este grupo, porque estas acciones pueden derivar ventajas a la competencia y por lo tanto, son denominados desleales cuando hayan sido efectuados para obtener provecho propio.

Los actos de inducción a la infracción contractual dentro de los cuales incluye los referidos a contratos personales de trabajo o de arrendamiento de servicios y los relativos a contratos empresariales de obra, prestación de servicios o suministro. El cambio de una empresa a otra por parte de un trabajador es completamente lícito siempre que este no utilice medios incorrectos para ello. Será considerado como desleal cuando se realice la publicación de un secreto industrial o comercial con el objetivo de perjudicar a un competidor.

Actos contrarios al mercado

Dentro de este grupo se encuentran los actos de violación de normas mediante la adquisición de ventajas competitivas infringiendo las normas de Derecho público, como por ejemplo la economía sumergida.

Los actos de la explotación de la situación de dependencia económica tienen lugar cuando el cliente no tiene en el mercado otra empresa a la que acudir y el empresario hace abuso de esta situación.

¹⁴ MASSAGUER J., *Comentario a la ley de Competencia Desleal*, Madrid: Civitas 1999, pp. 393-394.

Los actos de venta con pérdida, realizados a un precio de venta que se sitúa debajo del coste, cuando pueda provocar en el cliente un error respecto al nivel de precios de otros productos del mismo establecimiento, cuando se pretenda desprestigiar a la competencia, o cuando tenga como objetivo eliminar a un competidor con una estrategia definida. Un ejemplo ha sido el de Carrefour que en 2004 ha recibido un total de 60 denuncias por vender a pérdida utilizando los productos que suelen servir de reclamo para atraer a los clientes por parte de los hipermercados. Los más utilizados son la leche, la cerveza y otros productos refrescantes, los turrone en temporada navideña.¹⁵

Actos contrarios a los intereses de los consumidores

Hacen referencia a la intención para modificar las decisiones del consumidor. Se pretende proteger la elección del a la vez que se busca la igualdad de trato que debe existir entre los empresarios y los consumidores.

Un tema de actualidad son los fondos buitres consistentes en un fondo de capital de riesgo o fondo de inversión libre que invierte en una deuda pública de una entidad que se considera débil o cercana a la bancarrota; no solo se centran en deudores corporativos sino también en deudas soberanas estatales. Para evitar esta denominación con una connotación negativa también son calificados como *distressed debt* o fondo de situaciones especiales. En España desde las entidades bancarias se manifiesta que las condiciones exigidas por los inversores privados internacionales son difícil de asumir, que solicitan descuentos de hasta el 70%. Las cajas pierden la oportunidad de recapitalizar sus balances mediante este método antes de acudir otra vez al FROB. Una de las entidades, Banca Cívica había firmado un protocolo, de acuerdo al inversor

¹⁵ www.cincodias.com, 17/02/2004.

estadounidense JC Flowers aportaría hasta 450 millones de euros con un porcentaje inicial del 20-30% y el fondo exigió un 49% del capital a cambio de su entrada.¹⁶

Dentro de este grupo se incluyen los actos de confusión, haciendo que el consumidor tenga dudas para identificar al empresario o el producto mediante la copia o imitación de signos, imágenes, sonidos o similares¹⁷.

Los actos de entrega de obsequios, primas y supuestos análogos para incentivar al consumidor a contratar el producto principal, hacer creer al usuario una idea errónea sobre el nivel de precios en el mismo establecimiento o la aceptación obligada de un producto que no presenta relación alguna con el producto principal.

La comparación de los productos con los de la competencia haciendo creer al consumidor que la primera es mejor será considerada como desleal cuando las manifestaciones emitidas sean falsas¹⁸. También se incluirán como desleales aquellos actos en los que se discrimine y se trate de forma distinta a aquellos que se encuentren en la misma situación.

¹⁶ El confidencial, 15/03/2011.

¹⁷ MENÉNDEZ A. *Lecciones de derecho mercantil*, Madrid: Thomson- Civitas 2010 p.318

¹⁸ Ley de Competencia Desleal de 1991, de 10 de enero, art. 10.

2.1.7 Publicidad engañosa

Se tipifica como engañosa cualquier información falsa o que sea veraz pero pueda desencadenar en que el destinatario se haga una idea errónea. La acción puede ser sancionada con independencia de que dicha operación se celebre o no, y además¹⁹ corresponde al demandado probar la veracidad de las manifestaciones de los datos expuestos en la publicidad.

La calificación de un mensaje que provoca que el destinatario se formule una idea errónea derivada del mismo, proviene de la interpretación global que el círculo del destinatario haga del mismo. Para dicha calificación se valora la aptitud del emisor para influir en el comportamiento económico del consumidor, lo cual se entiende como la elección de una oferta, la contratación de un bien o el servicio, el precio y el ejercicio de los derechos derivados del contrato.

La contratación de un bien o servicio hace necesaria la realización de una serie de requisitos entre los que se encuentra la información. En una transacción económica, ambas partes resultan beneficiadas cuando la transacción resulte ser bilateralmente voluntaria e informada. La información es un elemento indispensable y cuando esta es incompleta, la libertad de elección de los agentes del mercado se encuentra limitada. Los actos que se consideran engañosos siempre y no necesitan ser analizados son los siguientes:

- Prácticas donde se afirme siendo falso que el empresario está adherido a un código de conducta, que un código de conducta ha recibido cualquier tipo de

¹⁹ Ley de Enjuiciamiento Civil (ley 217.4)

acreditación y que la actividad realizada por el empresario, o el mismo, ha sido aceptado por un organismo público²⁰.

- Realizar la exposición pública de un sello de calidad sin haberlo recibido.
- Publicar que un bien o servicio se ofrecerán al cliente a un determinado precio sin aclarar que esa situación sólo estará vigente durante un determinado período de tiempo o manifestar que los productos sólo estarán en venta un período limitado de tiempo siendo esto falso²¹.
- Liquidar el negocio del empresario conforme a las prácticas²² de ordenación del comercio minorista o afirmar que el empresario pretende cesar su actividad cuando sea incierto.
- Artículo 22: se considera desleal por engañoso las prácticas comerciales que ofrezcan un premio, de forma automática, o en un concurso o sorteo, sin conceder los premios descritos u otros de calidad y valor equivalente.
- Anunciar que el producto es compatible con los derechos de los consumidores como si fuese una característica excepcional del mismo.
- Emitir junto a la documentación del producto una factura o similar, haciendo creer al receptor que ya ha adquirido el producto.

²⁰ Ley de Competencia Desleal (3/1991 de 10 de enero), art. 21.

²¹ Ley de Competencia Desleal (3/1991 de 10 de enero), art. 22.

²² Contempladas en la Ley 7/1996, de 15 de enero de Ordenación del Comercio Minorista en el art. 30.1

➤ **Actos procesales** ²³

Asimismo, se pueden producir acciones derivadas de la competencia desleal como es la acción declarativa de la deslealtad del acto, la acción de cesación del acto o de prohibición del mismo, la acción de remoción de los efectos producidos por el acto, la acción de rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas, la acción de resarcimiento de los daños y perjuicios debidos al comportamiento desleal y por último la acción de enriquecimiento injusto cuando este se produzca violando algún derecho de exclusiva o similar.

La Ley de Competencia Desleal (3/1991 de 10 de enero) introduce otras medidas como la legitimación activa para el ejercicio de las acciones, haciendo que esta legitimación afecte a cualquier persona que participe en el mercado, y en su situación económica se vea repercutida por un acto desleal. Además, se expande este poder a las asociaciones de empresarios y profesionales cuyos miembros o participantes sufran un acto de esta tipificación.

2.1.8 Sanciones y remedios

Los actos de competencia desleal son castigados de diferente forma, utilizando remedios o sanciones.

La Directiva obliga a los estados miembros a cesar de forma estricta la efectuación de la práctica y la prohibición de realizar la práctica únicamente preparada. El motivo de esta

²³ Directiva de prácticas comerciales desleales de las empresas con los consumidores, 2005/29/CEE de 11 de mayo, anexo 1º prácticas engañosas o agresivas.

cesación es la protección de los intereses en juego y la prevención de que estas prácticas puedan ser repetidas en un momento posterior.²⁴

Las prácticas comerciales desleales se incluyen entre los actos ilícitos que pueden ser calificadas como acciones de cesación para la protección de los intereses colectivos²⁵, siendo imposible el requerimiento de esta calificación.

Los estados miembros tendrán la posibilidad de publicar la resolución de la cesación así como también de los comunicados rectificativos.

Se reconoce a los estados miembros la libertad para establecer un sistema judicial o un sistema administrativo para resolver las disputas que se produzcan en torno a la realización de prácticas comerciales desleales, otorgando este poder a los órganos judiciales, órganos de la Administración o a la combinación de los mismos. En España prevalece la combinación de ambos, mezclando un sistema de represión privado, considerando como ilícitos civiles a los actos de competencia desleal y publicidad engañosa frente a las medidas de tipo jurídico- privado resueltas por estos procedimientos civiles. Con esta doble vertiente se consigue asegurar la protección de los intereses económicos del consumidor y prevenir de este modo que se lleven a cabo prácticas comerciales desleales.

²⁴ Directiva de prácticas comerciales desleales de las empresas con los consumidores, 2005/29/CE de 11 de mayo de 2005, art. 11 y 12.

²⁵ MASSAGUER J., *El nuevo derecho contra la competencia desleal. Directiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales desleales*, Madrid: Thomson-Civitas, p. 142.

Cuando un órgano administrativo sea el encargado del tratamiento de estas prácticas, debe estar compuesto de un modo imparcial, y su poder debe extenderse a la supervisión y a la imposición del cumplimiento de sus decisiones adoptadas.

Se reconoce la legitimación activa²⁶ a las personas que tengan un interés en luchar contra las prácticas comerciales desleales, destacando el papel de los competidores, será posible actuar de modo colectivo contra empresarios de un mismo sector que llevan a cabo prácticas comerciales de este tipo como también contra los responsables de los códigos de conducta que fomenten el incumplimiento de las disposiciones legales. Además de la obligación de los Estados miembros de dar poder a los órganos judiciales o administrativos para que impongan a los demandados la demostración de su inocencia en actos de competencia desleal.

Las sanciones serán reguladas por los Estados miembros, entre las que se encuentran diversas modalidades: la publicación de la condena o multas coercitivas entre otras.

2.2 Ley General de Publicidad

La publicidad se encuentra regulada tanto a nivel a nivel comunitario como a nivel estatal en la Ley General de Publicidad (ley 34/1988 de 11 de noviembre), por la Ley de Competencia Desleal (ley 3/1991 de 10 de enero) y por las normas especiales que regulen determinadas actividades publicitarias entendiendo por publicidad mercantil

²⁶MASSAGUER J., *Comentario a la ley de Competencia Desleal*, Madrid: Civitas 1999, p. 560.

privada la dirigida a promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes o servicio.²⁷

La publicidad ilícita es aquella que atenta contra la dignidad de las personas o vulnera los derechos reconocidos en la Constitución. Es ilícita la publicidad engañosa, la publicidad desleal y la publicidad agresiva, que tendrán el carácter de actos de competencia desleal en los términos contemplados en la Ley de Competencia Desleal (art.3).

Las acciones frente a la publicidad ilícita serán las establecidas para las acciones derivadas de la competencia desleal.

Se considera publicidad ilícita los actos publicitarios que utilizan el cuerpo de la mujer o partes del mismo cuando no tenga relación con el objeto anunciado, la publicidad subliminal, la publicidad dirigida a menores referida a aquella en la que se incita al menor a la compra del bien, o aquella que provoque que el menor persuada al padre o al tutor a la compra del bien anunciado. También lo son anuncios en los que aparezcan niños en situaciones peligrosas, la publicidad engañosa, agresiva o desleal.

Un ejemplo de este caso es el anuncio de Dolce & Gabanna en el que un hombre sujeta por las muñecas a una mujer postrada en el suelo mientras otros cuatro contemplan la escena. El Instituto de la mujer solicitó que el anuncio sea retirado porque incita a la violencia contra las mujeres.

La calificación de publicidad ilícita es modificada por la Ley de Competencia Desleal y Publicidad (ley 29/2009) de 30 de diciembre provoca cambios en la calificación de publicidad ilícita. El régimen de acciones frente a la publicidad ilícita recogidas en la

²⁷ Ley General de Publicidad (ley 34/1988 de 11 de noviembre), art.1.

ley general de publicidad, pasa a ser recogido por el régimen de acciones previsto por la ley de competencia desleal. Este hecho elimina la necesidad de enviar un requerimiento al anunciante para denunciar una acción de cesación o rectificación por publicidad ilícita, como estaba redactado en la ley general de publicidad.

3. LEGISLACIÓN ESPECÍFICA

3.1 Ley sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (ley 26/1988, de 29 de julio)

Esta ley plantea el marco de actuación de las entidades de crédito y del Instituto de Crédito Oficial, de las sociedades de arrendamiento financiero y de las sociedades mediadoras del mercado de dinero.

Los puntos más importantes de esta ley regulan las sanciones a imponer a las entidades de crédito cuando incumplan sus obligaciones en su marco de actuación, se especifican cuales son los sujetos pasivos con poder para sancionar, tipifica las infracciones y enumera un conjunto de sanciones haciendo referencia al principio de proporcionalidad. Por último, la aplicación de la ley corresponde al Estado y en algunos casos poseen competencias las Comunidades Autónomas.

3.2 Orden EHA/1718/2010 de 11 de junio regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios.

La protección del consumidor es primordial en la publicidad. La orden EHA/1718/2010 de 11 de junio deroga el capítulo III de la Orden de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito, que establecía el régimen de autorización para la publicidad que realicen las entidades de crédito de operaciones, servicios o productos en que se haga referencia a su coste o rendimiento para el público. Ha sustituido el régimen de previa autorización por un sistema de control de la publicidad basado en dos elementos: La publicidad será controlada mediante un elemento preventivo con la elaboración, por parte del Banco de España, de criterios de publicidad financiera que promuevan la claridad, suficiencia, objetividad y el carácter no engañoso de los mensajes publicitarios, y de la exigencia de unos procedimientos y controles internos de las entidades de crédito que tiendan a favorecer tal exigencia; y mediante otro elemento que evite la práctica de conductas inadecuadas, para lo cual se podrá exigir el cese o la rectificación de la publicidad que no cumpla las previsiones contempladas.

La política de comunicación comercial de las entidades de crédito, tratada en el apartado 3 del artículo 4 de la Orden tiene como objetivo estimular la adhesión de esas entidades a algún organismo de autorregulación, como por ejemplo, un código de conducta.²⁸

Las entidades de crédito que no estén asociadas a ningún sistema de autorregulación publicitaria homologado, o cuya publicidad no siga sujeta al régimen de previa autorización por parte de una Comunidad Autónoma, deberán someter al control del

²⁸ Circular 6/2010, de 28 de septiembre, Banco de España.

Banco de España su política de comunicación comercial, como es el caso de las cajas de ahorro o de algunas cooperativas de crédito.

Es obligatorio por parte de cada entidad mantener un registro interno en el que se mantendrá toda la información referente a cada campaña publicitaria y la posibilidad por parte del Banco de España de acceso al mismo.²⁹

Con esta nueva orden se elaboran unos criterios específicos en la publicidad financiera y la corrección de las conductas inadecuadas por lo que se sustituye la necesidad de una autorización previa por parte del Banco de España. Este podrá llevar a cabo recursos de casación y rectificación (hasta 6 meses después), debe mantener un archivo interno en el que se mantendrá la documentación de cada campaña publicitaria,

La forma y las condiciones de los anuncios serán reguladas por el Banco de España pudiendo influir incluso en la denominación de los distintos productos. La CNMV posee competencias en la publicidad de productos y servicios de inversión cuando exista la emisión de un folleto, pudiendo solicitar la cesación o rectificación de la publicidad que incumpla los requisitos de la normativa.

Además las entidades deben facilitar los mecanismos para salvaguardar los intereses del cliente y dar a conocer los puntos que informen del cumplimiento de las normas y principios señalados en la normativa. El regulador hace mención a algunos puntos que debe cumplir la entidad de crédito, como la necesidad de hacer público el coste o la rentimiento mediante la TAE, debiendo dar a conocer cualquier tipo de servicios que vayan a ser realizados por otra empresa y encargarse de que se cumplan dichas ofertas.

²⁹ Orden EHA/1718/2010 de 11 de junio de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios, artículo 5 apartado 2.

Las entidades que infrinjan las obligaciones podrán ser sancionados por la Ley sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (ley 26/1988, de 29 de julio).

4. PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

La normativa para proteger al cliente bancario es extensa y variada. Las reglas de los contratos de adhesión han sido objeto de modificación y todas ellas deben ser conformes con los puntos siguientes³⁰: el uso de formatos que permitan la comprensión del contenido y las obligaciones derivadas de los contratos, las bases deben estar incluidas de forma clara en las características, el procedimiento a seguir por el cliente en el momento de aceptación o cancelación del contrato y el concepto del cobro y de sus montos. En el estudio y tratamiento de estos contratos, se enuncia que la publicidad debe exponer información veraz y precisa, ser transparente en el tratamiento de las características, guiarse por la cultura financiera de los receptores y hacer públicos los puntos de información adicional además de la cuantía a cobrar en concepto de comisión. La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez.³¹

³⁰ Revista del Instituto de Investigaciones Legislativas. Sergio Marcos Romero Villanueva

³¹ Ley sobre condiciones generales de la contratación (ley 7/1998, de 13 de abril), art. 5

5. ESTUDIOS REALIZADOS

Las infracciones que se cometan en el ámbito de la publicidad bancaria son analizadas por numerosos organismos. El SERNAC ha realizado estudios elaborando cuadros como el que aparece a continuación, en el que aparecen las informaciones omitidas por diversas entidades bancarias.³²

Banco	Deficiencias Informacionales
1 Corpbanca	No explicita destinatarios de la promoción (clientes o usuarios en general). No indica condición de obligatoriedad de cuentas corrientes. Información sobre el carácter referencial o verídico de la fotografía.
2 Santander Santiago	No explicita destinatarios de la promoción (clientes o usuarios en general). No se indica fecha de vencimiento de la promoción, a cambio se establece como vigencia el stock disponible. Se omite stock disponible. Información sobre el carácter referencial o verídico de la fotografía.

³² Fuente: Departamento de Estudios. SERNAC. 2003

<p>3</p> <p>Bancondell</p>	<p>No explicita destinatarios de la promoción (clientes o usuarios en general).</p> <p>Omisión fecha de sorteo.</p> <p>Omisión cantidad de premios que considera la promoción</p> <p>Información sobre el carácter referencial o verídico de la fotografía.</p>
<p>4</p> <p>Bci</p>	<p>Identificación de los destinatarios de la promoción (clientes o usuarios en general).</p> <p>Omisión fecha de sorteo.</p> <p>Disposición vertical de los contenidos referidos a vigencia y responsables de la promoción. Información sobre el carácter referencial o verídico de la fotografía.</p>
<p>5</p> <p>Scotiabank</p>	<p>No se explicitan destinatarios de la promoción (clientes o usuarios en general).</p> <p>Se omite procedimiento de la promoción.</p> <p>Se omite stock disponible.</p> <p>Información sobre el carácter referencial o verídico de la fotografía.</p> <p>No se incluye frase normada</p>

<p>6</p> <p>Citibank</p>	<p>Falta explicitar si existe obligatoriedad de apertura de cuentas corrientes.</p> <p>Omisión de stock disponible. Omisión de empresa responsable de la promoción</p> <p>No hay indicación respecto de las bases de la promoción</p> <p>Información sobre el carácter referencial o verídico de la fotografía.</p>
<p>7</p> <p>Santiago</p> <p>Express</p>	<p>No se explicitan destinatarios de la promoción (clientes o usuarios en general)</p> <p>Se omite stock disponible</p> <p>Información sobre el carácter referencial o verídico de la fotografía</p> <p>Promesa de aprobación del crédito en 15 minutos</p>

6. JURISPRUDENCIA

Numerosos casos de competencia desleal y publicidad engañosa en el ámbito bancario han sido objeto de denuncia en los tribunales. A continuación se estudiarán algunos de ellos.

-La OCU denunció ante el Banco de España el préstamo “Credideseo” de la Caja de Ahorros del Mediterráneo (CAM). Desde que no es necesaria la autorización del Banco de España para los anuncios en que se habla de coste o rendimiento de los productos financieros, existe en numerosas ocasiones situaciones como esta: el banco anuncia que el préstamo “Credideseo” tiene un tipo 0 y no se informa que tiene una comisión de apertura del 3%, por un mínimo de 45 euros. Como consecuencia la TAE a seis meses es del 11,05%. Como se establece en la orden EHA/1718/2010 de 11 de junio sobre los productos bancarios este dato debe incluirse en el anuncio, acción que la Caja de Ahorro del Mediterráneo no realiza.

-Audiencia Provincial de Madrid (sección 12 bis), 21 de marzo de 2006, JUR 538/2004. La asociación de consumidores denuncia a la entidad bancaria por ofertar en diversos medios de comunicación que solo por cambiar un depósito a Patagon le entregan hasta un 2% adicional pero no indica que el importe mínimo es de 5000 euros. Todo apunta que los consumidores recibirán por parte de la ley, pero como la sentencia se emite cuando el producto ya no está siendo anunciado el dictamen no serviría de ejemplo para posteriores acciones similares por lo que denunciante y denunciado deben hacer frente a las costas a partes iguales.

- Audiencia Provincial de Asturias (sección 6ª), 7 de marzo de 2000, sentencia núm. 96/2000. La demanda interpuesta por unas consumidoras al Banco Santander cuando

estas poseían un contrato de seguro con la entidad firmado al mismo tiempo que domiciliaban su nómina o pensión. A la muerte del hermano de las consumidoras el banco les comunica que no tenían el seguro desde el momento que la entidad había enviado una carta anunciando esta finalización. La sentencia da la razón al cliente por estar dicha comunicación en letra muy pequeña, en la esquina de la página en un folio en el que se publicitaba “Horizontes BCH”.

- El cliente denuncia a Caja General de Ahorros de Granada por entender que el punto si el depósito era recuperable o no considera que es engañoso. En la letra pequeña el mensaje además de ser engañoso no deja claro que el depósito no es recuperable. La sentencia no da la razón al cliente por estar basada la demanda en un anuncio emitido dos días antes de que finalizase la oferta de dicho producto.

CLÁUSULAS ABUSIVAS

Un tema que en estos últimos meses está siendo objeto de continuas reclamaciones y modificaciones es el relacionado con las cláusulas abusivas.

7. CONTRATOS DE ADHESIÓN Y CONDICIONES GENERALES DE CONTRATACIÓN

Un **contrato de adhesión**³³ es un tipo de contrato cuyas cláusulas son redactadas por una sola de las partes y la otra solo tiene la opción de aceptar dicha condición. Esta modalidad está muy presente en los *contratos de suministro* de servicios públicos (energía eléctrica, agua corriente, gas, telefonía, etc.) o los contratos de seguro y bancarios.

La firma de contratos de adhesión requiere del usuario, el cual debe cubrir sus datos personales y la existencia de un aval. Se materializa mediante la firma por el consumidor o usuario del formulario contractual, una vez rellenados sus datos personales. En los contratos bancarios es frecuente que se exija la presencia de un tercero interesado como aval. Asimismo, resultará imprescindible que se incluyan en el contrato las Condiciones Generales de la Contratación.

El contrato tradicional en el que resultaba necesario el acuerdo entre las partes,

³³ <http://contratos.vlex.es/vid/contratos-adhesion-concepto-caracteres-462642#ixzz1JaKITOTi>.

se ve alterado por una modalidad en la que el consumidor debe aceptar las condiciones impuestas por la empresa si quiere tener derecho a los servicios proporcionados por la misma. En ocasiones, el consumidor no efectúa una lectura de las cláusulas que está firmando, bien por la oscuridad de dichas condiciones o por su ausencia en el momento de la firma³⁴. Estos contratos conllevan el riesgo de que se impongan de un modo abusivo frente a los consumidores, que se encuentran en una posición más débil; aunque no todos los contratos de este tipo son abusivos per se.

Los contratos de adhesión son necesarios en la sociedad pero existen métodos para frenar el abuso al que se somete a los consumidores, como son la declaración de cláusulas abusivas.

Las condiciones generales de contratación son aquellas cláusulas que han sido impuestas por una de las partes contratantes con el objetivo de incluirlas en varios contratos, según el art. 1.1 de la Ley de Condiciones Generales de Contratación (ley 7/1998, de 13 de abril). Se aplica a los contratos entre un profesional y una persona física o jurídica.

El cliente no se obliga a la aceptación de cualquier condición general de un contrato que ha firmado cuando no haya sido informado de su existencia o no haya recibido una copia de dichas condiciones³⁵. Son incluidas en esta situación

³⁴ Ello tendría apoyo en los arts. 23.1 y 39.6 LGDCU (ley 26/1984, de 19 de julio de acuerdo con OROZCO PARDO, G., *Aranzadi civil: revista doctrinal*, Thomson Aranzadi, Navarra, núm. 2, 2002, pp. 2039-2082, p. 2046.

³⁵ Ley de Condiciones Generales de Contratación (ley 7/1998, de 13 de abril), art. 5.1.

las cláusulas que son desconocidas para el cliente en el momento de la firma del contrato; las que sean ilegibles, ambiguas u oscuras salvo que hayan sido aceptadas expresamente por escrito por el adherente y deriven de normativa específica que las regule.

Por otra parte, son nulas las condiciones generales que resulten contrarias a la Ley y perjudiquen o sean abusivas para el consumidor.

En relación a la existencia de contratación de las cláusulas generales y las particulares prevalecerán las más ventajosas para el adherente.

Para hacer frente a esta cláusulas se pueden llevar a cabo las siguientes **acciones judiciales:**

-La *acción de nulidad* es una acción que pretende declarar nula una cláusula de acuerdo al artículo 8 de la Ley de Condiciones Generales de Contratación (ley 7/1998, de 13 de abril).

-La *acción de no incorporación* es una acción que pretende no incluir en el contrato una condición general, de manera que no obligue a las partes de acuerdo al artículo 7 de la ley citada en el punto anterior.

-La *acción de cesación* busca la obtención de una sentencia judicial que obligue al demandado a eliminar las condiciones generales que se consideren nulas.

-La *acción de retractación* pretende lograr una sentencia que obligue al demandado a retractarse de la recomendación que haya efectuado de utilizar

condiciones generales nulas y de que no siga recomendando su uso en el futuro.

La acción de cesación y la de retractación prescriben una vez transcurridos dos años desde la fecha en que se inscribieron en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación. En este registro se incluyen las condiciones generales de la contratación de acuerdo a la Ley y las sentencias resultantes de las acciones judiciales citadas anteriormente.

Son numerosas las aplicaciones de la Ley de Condiciones Generales de Contratación (ley 7/1998, de 13 de abril) en la jurisprudencia, tanto en las Audiencias Provinciales como en el Tribunal Supremo y del Juzgado de Primera Instancia, en el ámbito de las contrataciones bancarias.

Algunos ejemplos significativos son útiles para la comprensión del tema y también se observan numerosas contradicciones en las decisiones tomadas por los tribunales actuantes:

- En una sentencia dictada por el SAP Sevilla de 15 de mayo de 1999 (sección 5ª)³⁶ en la que un cliente es demandado por la entidad por no aceptar las condiciones generales de contratación basándose en el hecho de que se trata de un contrato de adhesión y por lo tanto solo interviene una de las partes en la redacción del contrato bancario. El tribunal condena al consumidor a aceptar las cláusulas debido a que esta modalidad de contrato es una forma totalmente actualizada y presente en

³⁶ *Contratos bancarios*. Cuadernos de derecho judicial, AA.VV. 2003, pág. 100.

la sociedad y el cliente se obliga a cumplirlas por el simple hecho de suscribirlas³⁷. Para dicha decisión, se tiene en cuenta que el cliente, durante varios años, se ha mostrado conforme con la totalidad del contrato y ha usado los créditos representados por los descubiertos que la entidad ha admitido hasta la fecha en que tiene lugar el juicio.

- La STS de 13 de marzo de 1999 elabora una sentencia en relación a una cláusula de sumisión expresa aclarando que el texto de aceptación de dicha cláusula se encontraba redactada en letra diminuta. En ningún punto del contrato aparece la firma de la cláusula de sumisión por las partes y por lo tanto el tribunal considera esta cláusula como abusiva.
- La falta de entrega de un ejemplar de las condiciones generales ha sido tratada por la SAP Cantabria de 7 de mayo de 2002 (sección 2ª) y ha declarado dicha cláusula como no incorporada al no haber sido entregadas al cliente atendiendo al art. 5 de la Ley 7/1998 de 13 de abril

³⁷ SERRA RODRIGUEZ, A., *Cláusulas abusivas en la Contratación. En especial, las cláusulas limitativas de responsabilidad*, Aranzadi, 1996, p. 111.

8. TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY GENERAL PARA LA DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS

Las cláusulas abusivas son reguladas por la Ley de Condiciones Generales de Contratación (ley 7/1998, de 13 de abril), que incluye la Directiva comunitaria de 5 de abril de 1993 sobre este tipo de cláusulas en los contratos realizados con los consumidores cambiando la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (ley 26/1984, de 19 de julio). Se produce de este modo una modificación que afectó al artículo 10 de esta la ley en cuestión, que incorpora un listado de cláusulas abusivas. Ambos puntos fueron modificados por la Ley de Mejora de la Protección de los Consumidores y Usuarios (ley 44/2006, de 29 de diciembre) y en la actualidad las cláusulas abusivas son reguladas en los artículos 80 y siguientes del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato (art. 82).

Con esta normativa se protege a los consumidores frente a las condiciones generales de los contratos y también contra los puntos que no hayan sido negociados individualmente. Además frente a todas las prácticas no consentidas añadiéndose que el hecho de que una cláusula se haya negociado de forma

aislada no implica que no sean objeto de aplicación de estas normas y cuando el empresario afirme que una cláusula ha sido negociada de forma individual asumirá la carga de la prueba. Se impone una norma “de cierre” que garantiza el equilibrio, pues el artículo 10.4 de la LGDCU (ley 26/1984, de 19 de julio) establece la ineficacia del contrato cuando las cláusulas subsistentes del mismo “determinen una situación no equitativa de las posiciones de las partes”³⁸.

9. CLASIFICACIÓN DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

En los casos denominados como cláusulas abusivas se efectúa una protección mediante un control de incorporación al contrato, de unas normas generales de interpretación y de un sistema de protección especial. Se crea una cláusula general de protección frente a las cláusulas abusivas que en contra de la exigencia de la buena fe causen una alteración en los derechos y obligaciones resultantes del contrato, teniendo en cuenta la cláusula objeto del contrato y las circunstancias que concurran en él³⁹.

Existen unos supuestos de cláusulas abusivas clasificados en diferentes tipos⁴⁰: cláusulas abusivas por vincular el contrato a la voluntad del empresario (art.

³⁸ Así ARCE y FLORES- VALDEÉS entiende que estas bases proscriben los *contratos leoninos* (en los que una de las partes se somete a la otra de un modo totalmente dependiente). OROZCO PARDO, G., *Aranzadi civil: revista doctrinal*, Thomson Aranzadi, Navarra, núm. 2, 2002, pp. 2039-2082, p. 2059.

³⁹ artículo 10.bis de la LGDCU 26/1984.

⁴⁰ MENÉNDEZ A. *Lecciones de derecho mercantil*, Madrid: Thomson- Civitas, 2010, pp. 686-687.

85), por limitar los derechos básicos de los consumidores (art.86), por falta de reciprocidad (art.87), sobre garantías (art.88), que afectan al perfeccionamiento y a la ejecución del contrato (art. 89), sobre competencia y derecho aplicable (art. 90). Se consideran nulas las cláusulas abusivas, destacando la decisión del juez en caso de subsistencia del resto del contrato.

10. CONTRATACIÓN BANCARIA

En la contratación bancaria hay que distinguir entre contratos celebrados con consumidores en los que serán nulas las cláusulas contrarias a la buena fe y los contratos en los que no interviene un consumidor.

La utilización de cláusulas abusivas se produce por la atribución de decisiones unilaterales por parte de las entidades de crédito, lo cual se manifiesta en la resolución anticipada del contrato decidido por la entidad o en cláusulas que admiten la modificación unilateral de elementos del contrato como intereses de demora o comisiones. Por otra parte, se incluyen los puntos en los que se otorgan a las entidades de crédito una situación superior frente a los consumidores; tales como las cláusulas que pretenden dar el valor de prueba tasadas a las declaraciones de los empleados sobre el montante de la deuda (certificaciones), las que eliminan la posibilidad de presentar excepciones frente a las reclamaciones judiciales.

En otro grupo, el cual trata sobre las condiciones generales que pretenden desplazar los riesgos de la entidad hacia los clientes incluye: manifestaciones

que limitan la responsabilidad a la entidad de crédito en ciertos supuestos, las que desplazan las consecuencias de los fallos administrativos hacia los clientes...

Las infracciones más habituales en la contratación bancaria son la falta de concreción y claridad en la redacción, la cual se manifiesta en la indeterminación del tipo de interés a aplicar que se consideran nulos al aplicar los apartados 1.a) y 4 del artículo 10 que exige la información sobre la fecha de devengo y liquidación de los intereses, las comisiones aplicables, la cuantía, así como cualquier otro dato necesario para saber el importe de los intereses. Se prohíben las remisiones a las tarifas genéricas⁴¹ obligando que toda aquella información necesaria sea recogida en los documentos que posee el consumidor. Las cláusulas deben ser fácilmente comprensibles sin que sea necesario para su entendimiento la remisión a otros textos adicionales, y en el caso de ser imprescindible debe especificarse la referencia del texto en cuestión.

El otorgamiento de la facultad de resolver el contrato a una de las partes se considerará abusivo. En ocasiones las entidades tienen la posibilidad de resolver un contrato por incumplimientos irrelevantes o el poder para calcular una tarjeta bancaria sin justificación.

Las **cláusulas que perjudiquen a los consumidores bancarios** en ocasiones son abusivas y entre ellas se encuentran: la exigencia de retenciones o depósitos obligatorios, la revisión de tasas de interés sin utilizar criterios objetivos o se

⁴¹ PETIT LAVALL, M^a V., *La protección del consumidor de crédito: las condiciones abusivas de crédito*, Tirant lo Blanch, p. 143.

base en las operaciones de entidades de créditos que formen parte del mismo grupo financiero que la entidad. Además también lo serán la exigencia de garantías personales o reales desproporcionadas⁴², la consideración de una única cuenta cuando el cliente posea más de una en la entidad y se utilice una responsabilidad solidaria o mancomunada entre todas las cuentas a efectos de compensación recíproca⁴³. Se incluye en este ámbito la cesión por la entidad de crédito del préstamo hipotecario sin que tenga lugar la notificación de la acción⁴⁴ y la obligación del pago, por parte del cliente, de tributos que graven el capital y los intereses sin especificarlos.

Las entidades pueden aumentar el precio de los servicios, de la financiación, de los recargos, entre otros. Con relación a estos incrementos las cláusulas abusivas más habituales son la obligación de contratar seguros, el pago por parte del cliente de los gastos de estudio, el devengo de comisiones a favor de la Entidad de crédito como consecuencia de un descubierto en cuenta y los recargos por demora especificados de forma confusa y compleja.

La evasión de la responsabilidad, por parte de las entidades de las actuaciones culposas de sus empleados es contraria al art. 10.1 c) 6º de la LGDCU. Reflejo de esta acción son las cláusulas en las que se libera de culpa la entidad en el caso de pérdida o sustracción de cheques, tarjetas de crédito, de cajero

⁴² ROBLES, J. F., *Prácticas incorrectas y condiciones abusivas en las operaciones bancarias casos, criterios de práctica bancaria y normativa*. Madrid: Instituto Superior de Técnicas y Prácticas Bancarias, 1998, p. 181.

⁴³ Artículo 1257 del C.c.

⁴⁴ Artículo 149 Ley Hipotecaria.

automático o de la falta de atención a las tarjetas en los establecimientos adheridos a estas. En relación a lo anterior, en el punto 7º se exige la responsabilidad a la entidad de los fallos administrativos, bancarios o de domiciliación de pagos o del coste de servicios que anteriormente se había ofertado de forma gratuita.

En Tribunal Supremo ha anulado **varias cláusulas que figuran en los contratos de productos financieros** como tarjetas de crédito, préstamos e hipotecas a entidades como Banco Santander, BBVA, Caja Madrid y Bankinter, al considerarlas abusivas, desproporcionadas y confusas, según figura de forma textual en el auto.

La sala de lo Civil del Alto Tribunal estima por tanto el recurso interpuesto por la OCU (Organización de Consumidores y Usuarios) contra el fallo de la Audiencia Provincial de Madrid que declaraba válidas las cláusulas citadas. Exactamente se refiere a varias de ellas que se incluyen en los contratos de préstamos, hipotecas y tarjetas de crédito. En este último caso destaca especialmente aquella en la que **la entidad financiera se desentendía de los posibles fraudes efectuados con una tarjeta robada o extraviada** en caso de que alguna de estas circunstancias no fuese notificada por el propio titular a la entidad.

La sustracción o pérdida de una tarjeta ha sido objeto de demanda por parte de la OCU y en una sentencia afirma que en esta situación se debe comunicar lo antes posible a la entidad y se considera abusiva la cláusula que exime de toda

responsabilidad a la entidad bancaria, ya que en muchos casos es la propia entidad la que se percata del fraude o uso indebido y se lo comunica al titular de la tarjeta. También se considera desproporcionada la cláusula en la que se especifica que las entidades bancarias excluyen su responsabilidad en aquellos casos en que el PIN o contraseña haya sido obtenido por coacción o fuerza mayor como es el caso de un atraco en un cajero y se observa a través de las cámaras de seguridad.

Las cláusulas abusivas más comunes son:

-Las **cláusulas que impongan los costes de titulación** hacen referencia a los gastos necesarios para preparar inicialmente la vivienda. Se incluyen en este punto principalmente, costes de ámbito burocrático o administrativo, como la declaración de obra nueva⁴⁵, la creación de la comunidad de propietarios de manera que se consideran abusivas aquellas cláusulas que impongan que estos costes deben ser asumidos siempre por el consumidor.

Además de los citados anteriormente, se consideran cláusulas abusivas las que obligan al consumidor a asumir la constitución de la hipoteca, además de sus intereses o los costes de financiación que pueda necesitar el constructor de la obra.

-Las **cláusulas que imponen la subrogación hipotecaria y sus gastos de cancelación**. El comprador de la vivienda no tiene la obligación de aceptar una

⁴⁵ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil”, núm. 51, septiembre- diciembre, Madrid (Grucér, 3, M-17) Civitas, 1999, pp. 1299-1306, p. 1302. Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1999.

posible hipoteca existente sobre la vivienda que este se dispone a comprar, como tampoco es necesario que asuma los costes de cancelación de la hipoteca en cuestión o se obligue al pago de una penalización por la negativa a la subrogación.

11. JURISPRUDENCIA

Para la erradicación de estas cláusulas abusivas en los contratos bancarios e impedir los numerosos perjuicios económicos que estas ocasionan para los usuarios, ADICAE (Asociación de Usuarios de Bancos, Cajas de Ahorros y Seguros)⁴⁶ ha reclamado durante años medidas y soluciones para esta situación y finalmente ha creado en el año 2007 la Plataforma de Afectados por la Crisis Hipotecaria con la pretensión de conseguir que las autoridades aprueben medidas de carácter urgente para luchar contra las consecuencias de las cláusulas abusivas y para orientar a los usuarios para evitar el embargo por la existencia en su contrato hipotecario de estos puntos que deben ser considerados nulos, debido a que muchas entidades de crédito logran que el descenso de tipos aligere su cuota anual entre los cuales se encuentran:

– La denominada “**cláusula suelo**”, que impide que la bajada de la hipoteca traspase cierto límite. No se trata de un término extraño o aislado, pues se encuentra presente en torno a un 80% en las hipotecas firmadas en los años en

⁴⁶ Las Asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas y que tengan estatutariamente atribuida la defensa de éstos poseen legitimación activa. *Los contratos bancarios*. Cuadernos de Derecho Judicial, AA.VV., 2003, p. 293.

que la burbuja inmobiliaria era una realidad oscilando del 3 al 5,5% de mínimo y alrededor de 10% como máximo cuando la realidad evidencia que el máximo histórico del Euribor no llega a 6%.

El Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Sevilla en la sentencia 246/10⁴⁷ ha recogido la demanda de la Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc) frente a las entidades financieras BBVA, Caixa Galicia y Cajamar. La demanda está relacionada con la 'cláusula suelo' en las hipotecas de estas entidades que establecían unas cláusulas que evitaban que los clientes se beneficiasen de la caída del Euribor, que pasó de 5,3% en julio de 2008, a 1,2 en marzo del 2010.

El 30 de septiembre, este Juzgado dictaba un auto en el que condenaba a las tres entidades a eliminar esta cláusula de sus contratos y a no incluir manifestaciones similares en los contratos posteriores. También se obliga a la demandada a publicar el fallo en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en un diario de los de mayor difusión de la provincia en el plazo de 15 días desde la notificación de la sentencia.

– Hipotecas referenciadas a otros índices distintos al Euribor (IRPH cajas, IRPH Bancos y CECA) que aún son más altos que el índice habitual.

– Además de la actividad anterior, las entidades bancarias han hecho partícipes

⁴⁷ En la sentencia no se prejuzgan las cláusulas suelo con carácter general, se tiene en cuenta que reportan estabilidad a las entidades de crédito en cuanto a bajada muy pronunciadas de los tipos de interés. MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Nulidad de cláusulas suelo de intereses en contratos de préstamo hipotecario*. Revista de derecho bancario y bursátil, núm. 121, enero- marzo 2011, Lex Nova, pp. 209-242, p. 238.

a algunos consumidores de unos productos de inversión compleja con el objetivo de asegurar la cuota hipotecaria, los cuales no mejoran la economía del usuario y poseen una extrema dificultad para su cancelación. En muchas ocasiones, estos productos actúan como suelo en torno al 5%.

En el estudio de la jurisprudencia relacionada con las cláusulas abusivas destaca la sentencia del **Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2009, 729/2009**, en la que se condena a un grupo de entidades bancarias por la presencia de cláusulas abusivas en algunos de sus contratos:

- **Se considera abusiva una cláusula por la que se le permite al banco la compensación de las deudas contraídas con la entidad, utilizando las cuentas, depósitos en efectivo u otros instrumentos aunque el deudor no sea el único titular de la cuenta, depósito o del instrumento en cuestión.**

La cláusula a la que se hace referencia está presente en un contrato del banco Santander Central Hispano y es la siguiente: "Todas las cuentas y depósitos de efectivo o valores que el titular tenga o pueda tener en el Banco en las que figure como titular único o indistinto, quedan afectas al cumplimiento de las obligaciones derivadas de este contrato, pudiendo el Banco compensar y garantizar entre sí dichas cuentas y depósitos. El Tribunal Supremo considera que esta norma no está elaborada bajo unos principios de transparencia, claridad, concreción y sencillez, haciendo referencia a exigidos por la

normativa aplicable en materia de defensa del consumidor; las cláusulas empleadas por el Banco Santander Central Hispano no cumplen estas características de manera que son consideradas abusivas.

- **Se considera abusiva la exención de responsabilidad por pérdida de tarjeta antes de la comunicación a la entidad⁴⁸.**

-El titular será responsable sin limitación alguna del uso de la tarjeta antes de la notificación de la pérdida o sustracción.....: (...) Si ésta no se ha efectuado de forma inmediata (BBVA)

-El robo, hurto, extravío, deterioro o falsificación de la tarjeta o el conocimiento del número de identificación contra su voluntad, por otras personas, el titular debe comunicarlo urgentemente en cualquiera de estos teléfonos...(Bankinter)

-Si la notificación al Banco no se produce a la mayor brevedad (Santander Central Hispano)

Todas estas cláusulas se consideran abusivas⁴⁹ por la obligación de notificar a la entidad bancaria la pérdida o robo de una tarjeta en un periodo de tiempo especificado con manifestaciones de carácter difuso, como a la mayor brevedad, inmediata y urgentemente.

⁴⁸ García-Pita y Lastres, J.L., *Las entidades de crédito y sus operaciones*. Madrid : Marcial Pons, 2007-2008, pp. 561-563, p. 563.

⁴⁹ Según la sentencia del Tribunal Supremo del 16 de diciembre del 2009 número 729/2009.

-Si el robo o la pérdida no se denuncian antes de transcurridas veinticuatro horas de su acaecimiento (Caja Madrid). Esta cláusula no es abusiva exigir un plazo de veinticuatro horas, si no por hacer referencia a su acaecimiento.

- **Se considera abusiva la liberación de la responsabilidad de la pérdida de la libreta está presente en la siguiente cláusula**

En caso de hurto o extravío de [la libreta, el titular de ésta se compromete/n a comunicarlo inmediatamente y por escrito [...]] quedando la entidad relevada de toda responsabilidad si atendiera operaciones con cargo a la misma antes de recibir dicho aviso (Caja Madrid). Es desproporcionada o abusiva ya que considera responsable a la entidad únicamente en el momento posterior a la recepción del aviso. Una cláusula similar está presente en algún contrato del banco Santander Central Hispano.

- **Se considera abusivo el uso del número secreto de forma fraudulenta**

La pérdida económica sufrida en el caso de operaciones que exijan marcaje de número secreto, será a cargo del contratante o, en su caso, del titular de la Tarjeta, salvo que se demuestre que se vio obligado a revelarlo bajo coacción (Santander Central Hispano). Se considera abusiva hacer único responsable al cliente de las cantidades extraídas mediante el marcaje del número secreto bajo

coacción.

- **Se considera abusiva la cláusula mediante la que se acuerda el vencimiento anticipado del préstamo, cuando se produzca el embargo de bienes del prestatario o resulte disminuida la solvencia por cualquier causa.**

Tendrá lugar el vencimiento anticipado cuando se produzca el embargo de bienes del prestatario o resulte disminuida la solvencia por cualquier causa. El carácter abusivo de esta norma se concentra en la posibilidad de un embargo debido a una disminución de la solvencia del deudor, otorgando a la entidad un poder adicional en relación con una variación negativa en el patrimonio del consumidor.

- **Se considera abusiva la cláusula que limita la facultad de arrendar la finca hipotecada**

En caso de arrendar la finca hipotecada durante la vigencia del préstamo, el prestatario se compromete a realizarlo según el artículo 219.2 del Reglamento Hipotecario. Es decir, se deberá arrendar por renta anual, que capitalizada al 6%, cubra la responsabilidad total asegurada. De no ser así, dicho arrendamiento requerirá la autorización explícita de BANKINTER (Bankinter).⁵⁰ Se impide al prestatario que alquile la finca bajo unas

⁵⁰ La cláusula anterior incumple la normativa siendo únicamente operativo el vencimiento cuando el arrendamiento del bien sea gravoso o dañoso.

características que impone el banco de manera que dicha cláusula se califica como abusiva.

- **Se considera abusiva la cláusula mediante la que se exige el consentimiento expreso de la entidad bancaria prestamista, en caso de la enajenación de la finca hipotecada cuando conlleve la subrogación del préstamo.**

La parte prestataria podrá enajenar la finca hipotecada en cualquier momento, excepto si la enajenación conlleva la subrogación del presente préstamo que deberá ser autorizada expresamente por Bankinter....

Esta cláusula no permite la enajenación de un bien hipotecado siendo esta la voluntad del propietario y por lo tanto es abusiva. La aceptación de la subrogación deberá recaer sobre el prestamista, pero es diferente la responsabilidad de la deuda, ya que el vendedor queda liberado de la primera pero no de la segunda; mientras que el comprador solo es responsable con el bien hipotecado.

- **Se considera abusiva la cláusula mediante la que se impone al consumidor prestatario la renuncia del derecho a ser notificado, en caso de cesión del préstamo por parte de la entidad bancaria prestamista**

En caso de cesión del préstamo por la entidad el prestatario renuncia expresamente al derecho de notificación que le asiste.

La renuncia anticipada a la notificación en tanto que priva de las posibilidades jurídicas anteriores a la misma, merma los derechos y facultades del deudor cedido. El art. 242 RH admite que el deudor renuncie al conocimiento del contrato de cesión del crédito hipotecario, pero dicho precepto no prevalece sobre la normativa especial en sede de contratos sujetos a la LGDCU.

- **Se considera abusiva la cláusula sobre limitación o exoneración de responsabilidad, por parte de la entidad bancaria, en caso de pagos de cheques manipulados o falsificados⁵¹**

Custodia/extravío de talonario: El/los titular/es de la cuenta corriente se obligan a custodiar debidamente el talonario, asumiendo las responsabilidades por el libramiento indebido de cheques aún por persona no autorizada.

En caso de hurto o extravío del talonario, se compromete/n a comunicarlo inmediatamente y por escrito a la Caja de Madrid, acompañando la copia de la denuncia presentada. La Caja de Madrid queda relevada de toda responsabilidad si atendiera el pago de un cheque antes de recibir dicho aviso unido a la copia de la denuncia presentada. Se considera abusiva por ser

⁵¹ RAMOS HERRANZ, I., *La imputación de la responsabilidad derivada del pago de cheques falsos y falsificados*. Estudios sobre consumo, núm. 38, 1996, páxs. 18-34, p.20

contraria a la norma en la que se establece que la consecuencia negativa derivada del pago de un cheque falso será asumida por la entidad bancaria, salvo que este se derive de una conducta negligente por parte del librador⁵².

- **Se considera abusiva la cláusula mediante la que se impone la aceptación sobre el importe de la operación que fuere registrado por impresión mecánica y/o grabación magnética en los cajeros automáticos.**

La cláusula en concreto obliga a *“aceptar como importe real y exacto de cada operación, el que fuere registrado por impresión mecánica y/o grabación magnética, importe del que la Caja facilitará el oportuno comprobante*. Dicha cláusula es abusiva porque impide que el usuario pueda oponerse a la impresión mecánica.

- **Se considera abusiva la cláusula mediante la que se acuerda la resolución anticipada del préstamo por incumplimiento de prestaciones accesorias.**

El motivo de considerar abusiva este tipo de cláusulas⁵³ es que solo se aceptará la resolución anticipada del préstamo cuando el usuario incumpla las

⁵² Art. 156 de la Ley cambiaria y del cheque (Ley 19/1985, de 16 de julio).

⁵³ se basa en la doctrina jurisprudencial–SS. 9 de marzo de 2.001, 4 de julio y 12 de diciembre de 2.008.

obligaciones de carácter esencial, pero no cuando el incumplimiento se encuentre relacionado con obligaciones accesorias, o incumplimientos sin destacada importancia.

- **Se considera abusiva la cláusula de resolución anticipada del préstamo por imposibilidad de inscribir la garantía hipotecaria en el Registro de la Propiedad**

Vencimiento anticipado: Cuando se deniegue la inscripción de la escritura en el registro de la propiedad por cualquier causa. Sólo se considera la actitud del consumidor para la inscripción en el registro y no se tiene en cuenta la obligación que la entidad financiera tiene el deber de hacer las comprobaciones pertinentes en el Registro antes de suscribir el préstamo.

CONCLUSIONES

La regulación anterior sobre actos de competencia desleal había resultado insuficiente en la situación en la que se encontraba el mercado en las últimas décadas y la actividad bancaria, debido al vertiginosa evolución de estos sectores. La ley de competencia desleal, así como las numerosas regulaciones adicionales se adaptan a la realidad y a la evolución de la sociedad. Resulta

relevante el hecho de que el consumidor pueda reclamar sus derechos cuando sus intereses resulten amenazados en este ámbito, al igual que en otras actividades en las que pasa de ser un cliente pasivo a tener que efectuar activamente todas las gestiones de contratación del servicio u otras actividades comerciales. Es destacable la evolución de la normativa en cuanto al beneficiario, la protección de los competidores se complementa con la defensa de los intereses del consumidor afectado, además del incremento de los derechos de las asociaciones para reclamar los derechos de los usuarios.

La regulación que afecta a los actos publicitarios permite que estos se adapten cada vez más a las patologías que sufre el mercado y a la decisión del consumidor. La publicidad engañosa beneficia a la empresa a corto plazo pero aparte de las consecuencias legales que pueda ocasionar, acelera el fin del producto y perjudica la imagen de la empresa.

Los consumidores son los más afectados y las autoridades no promueven una defensa efectiva de los mismos. Las cláusulas abusivas, en particular las cláusulas suelo, son consideradas necesarias para la estabilización de los rendimientos de la banca según ha publicado el Banco de España en un informe reciente. En este punto cabe destacar que las autoridades parecen no estar actuando con la objetividad propia de un servidor público, por lo que no sólo es necesaria la legislación existente en este punto sino que se necesita una actividad efectiva desde las administraciones.

BIBLIOGRAFÍA

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 51, 1999, septiembre- diciembre

DOMÍNGUEZ PÉREZ E., *Competencia Desleal a través de actos de imitación sistemática*, Aranzadi, Cizur Menor, 2003

García-Pita y Lastres, J.L., *Las entidades de crédito y sus operaciones*, Marcial Pons, Madrid, 2007-2008

JIMÉNEZ SÁNCHEZ G., *Lecciones de derecho mercantil*, Tecnos, Madrid, 2009

LEIÑENA MENDIZÁBAL, E., *Regulación jurídica de la publicidad financiera*, Estudios de consumo, núm. 80, 2007

Los contratos bancarios. Cuadernos de Derecho Judicial, consejo general del poder judicial, AA.VV., 2003

MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Nulidad de cláusulas suelo de intereses en contratos de préstamo hipotecario*. Revista de derecho bancario y bursátil, núm. 121, 2011, enero-marzo, Lex Nova

MASSAGUER J., *Comentario a la ley de Competencia Desleal*, Civitas, Madrid, 1999

MASSAGUER J., *El nuevo derecho contra la competencia desleal. Directiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales desleales*, Thomson-Civitas, Madrid

MENÉNDEZ A., *Lecciones de derecho mercantil*, Madrid: Thomson- Civitas 2010

MENÉNDEZ A., *Lecciones de derecho mercantil*, Thomson- Civitas, Madrid, 2010

OROZCO PARDO, G., *Aranzadi civil: revista doctrinal*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2002

PASQUEL E., PATRÓN C., PÉREZ G., *El derecho de la competencia desleal*, Universidad peruana de Ciencias, Lima, 2007

PETIT LAVALL, M^a V., *La protección del consumidor de crédito: las condiciones abusivas de crédito*, Tirant lo Blanch, 1996

RAMOS HERRANZ, I., *La imputación de la responsabilidad derivada del pago de cheques falsos y falsificados*, Estudios sobre consumo, núm. 38, 1996

ROBLES, J. F., *Prácticas incorrectas y condiciones abusivas en las operaciones bancarias casos, criterios de práctica bancaria y normativa*, Instituto Superior de Técnicas y Prácticas Bancarias, Madrid, 1998

ROMERO VILLANUEVA S., *Las comisiones bancarias*, Revista del Instituto de Investigaciones Legislativas del Senado de la república “Belisario Domínguez”

TATO PLAZA A., *Líneas generales de la reforma del derecho español contra la competencia desleal*, Autocontrol

WEBGRAFÍA

cincodias.com

elconfidencial.com

Euribor.com

<http://contratos.vlex.es/vid/contratos-adhesion-concepto-caracteres>

<http://www.bde.es/clientebanca/derechos/regulacion/fichas/ficha26.htm>

<http://www.derechoycambiosocial.com/revista002/competencia.htm> (*Análisis sucinto sobre la competencia desleal y los actos que la conforman. Christian Fernando Tantaleán Odar*)